

Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “*in dubio pro societate*”¹

Nestor Eduardo Araruna Santiago²

Doutor, Mestre e Especialista em Direito, Universidade de Fortaleza

Italo Farias Braga³

Mestre em Direito, Universidade de Fortaleza

Juliana Maria Borges Mamede⁴

Doutoranda em Direito pela Universidade de Fortaleza

Bianca Maria Simão Franco⁵

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza

Lyara Maria Peres Ximenes⁶

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza

1 Texto elaborado com base no Projeto de Investigação intitulado “Tempo, dúvida e razoabilidade nos acórdãos proferidos em julgamentos de Recurso em Sentido Estrito: interfaces entre o princípio da duração razoável do processo e o ‘princípio’ *in dubio pro societate* nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará”, com financiamento pela Universidade de Fortaleza, tendo por base o Edital DPDI 69/2018. Nossos agradecimentos à Universidade de Fortaleza pelo apoio financeiro e acadêmico.

2 Doutor, Mestre e Especialista em Direito, com estágio pós-doutoral, Universidade do Minho, Portugal. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Orientador coordenador do Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM) da UNIFOR. Advogado criminalista. E-mail: nestorsantiago@unifor.br

3 Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Bolsista de pesquisa FUNCAP. E-mail: italoofbraga@gmail.com.

4 Professora e Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. E-mail: julianamamede@unifor.br

5 Pesquisadora vinculada ao Laboratório de ciências criminais (LACRIM) da UNIFOR. biancamsfranco@outlook.com

6 Bolsista de pesquisa. E-mail: lyaraperes@gmail.com.

SUMÁRIO

Introdução

Processo como barreira ao poder do estado

Dúvida e processo

Pronúncia, *in dubio pro societate*, *in dubio pro reo*: de que dúvida está a se falar?

Conclusão

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira, ao enunciar princípios norteadores do processo, assegura aos litigantes e acusados em geral o devido processo legal, com os meios e recursos a ele inerentes (art. 5.º, LIV). Outrossim, observa-se na ordem jurídica vigente que o julgamento não se apresenta como uma mera faculdade do órgão jurisdicional, mas sim, como um dever, mormente na seara penal, em que o Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição, justamente por ser uma atividade substitutiva da vontade das partes.

Diante de tais considerações se põe em relevo o debate acerca de como o magistrado deve lidar com algumas questões peculiares no âmbito do processo penal, especialmente quando encerrada a primeira fase referente aos procedimentos de crimes dolosos contra a vida¹. Nestes casos, terminada a instrução probatória perante o juízo singular, e “convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”, o juiz deverá pronunciar o acusado².

A permissão de que os “indícios suficientes de autoria ou de participação” sejam suficientes para que o arguido (no Brasil, acusado) seja encaminhado a julgamento perante os juizes leigos que formam o Conselho de Sentença demonstra ainda um grau de incerteza a permear o inconsciente do Juiz, que muitas vezes se vale da expressão “*in dubio pro societate*” como fundamento da decisão de pronúncia nos casos penais de competência do Tribunal do Júri.

A questão que se põe no presente trabalho é se o magistrado, ao deparar a dúvida no momento de decidir, pode se valer do chamado “princípio do *in*

1 Nos termos do inciso XXXVIII do art. 5.º. da Constituição Federal brasileira, o procedimento especial do Tribunal do Júri, disciplinado no Código de Processo Penal brasileiro (artigos 406 a 409), é destinado somente para os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, como tais previstos nos artigos 121 a 126 do Código Penal brasileiro, a saber: homicídio; aborto; infanticídio; e instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio.

2 Assim está redigido o art. 413 do Código de Processo Penal brasileiro:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1.º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2.º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3.º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

dubio pro societate” como fundamento de sua decisão, em contraposição ao “*in dubio pro reo*”, corolário do princípio da presunção do estado de inocência³

Em um primeiro momento, faz-se análise da base epistemológica do processo, explicitando as escolas processuais em evidência nos campos doutrinário e acadêmico brasileiros. A partir daí, formula-se a distinção entre modelos instrumentalistas de processo e modelos que entendem o processo como uma barreira ao poder punitivo do Estado. Tendo como base esta distinção, busca-se fundamento epistemológico para compreender como um modelo adequado de processo deve lidar com a dúvida.

Em seguida, trata-se da dúvida como elemento hermenêutico limitador da cognição humana e, por consequência, como obstáculo inerente à condição procedimental. Assim, discutem-se os impactos da dúvida, em especial no processo penal, verificando os mecanismos de solução frente às incertezas de conhecimento.

Após, trata-se da dúvida no processo penal frente às noções do princípio do *in dubio pro societate*, do *in dubio pro reo* e das formulações próprias que fogem a esta dicotomia como elemento para solver a dúvida no processo penal.

Desde já, alerte-se para o fato de que se trata de reflexões trazidas a partir da realidade brasileira. Não é intuito deste trabalho fazer qualquer análise comparativa com a doutrina, jurisprudência e arcabouço normativo português, até mesmo porque se trata de assunto sobre o qual não se comenta em terras lusitanas. Pretende-se, tão somente, dar uma visão a respeito do chamado princípio *in dubio pro societate* como variação do *in dubio pro reo* como fundamentação nas decisões de pronúncia.

1. Processo como barreira ao poder do Estado

Desde o ponto de vista epistêmico, o processo é tido como um mecanismo estatal voltado à finalidade da aplicação da lei ou, pelo menos, esta é a primeira noção que dele se espera. Deste modo, um dos primados do processo estaria na *jurisdictio*, ou seja, na aplicação do Direito ao caso concreto, substituindo-se a vontade dos sujeitos processuais que se encontram em polos antagônicos na relação processual penal. Todavia, este paradigma não se mostra exclusivo, nem essencial à noção de processo, de modo que se afigura como uma visão preliminar do objeto analisado (LOPES; Castro, 2012).

3 Na sistemática constitucional brasileira (art. 5.º, inciso LVII), o princípio da presunção do estado de inocência informa que “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, que, por sua vez, se dá quando da decisão judicial não caiba qualquer outro recurso (§ 3.º. do art. 6.º. Do Decreto-lei 4.657/1942).

Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “in dubio pro societate” \ **Nestor Eduardo Araruna Santiago, Italo Farias Braga, Juliana M. Borges Mamede, Bianca M. Simão Franco, Lyara M. Peres Ximenes**

Para conformar estas noções, o processualismo brasileiro teve diversas influências filosóficas, epistêmicas e teóricas que moldaram o pensamento da doutrina, advindos das escolas de pensamento paulistas, gaúcha, mineira, pernambucana, alternativa, paranaense, crítica e do Norte-Nordeste (ESPINDOLA, JOBIM, 2014). Entretanto, convém indicar que esta divisão regional não é formulada de forma fechada ou estanque. Deste modo, os autores são multiplamente influenciados e produzem resultados diversos de interpretação e da concepção a qual se espera do procedimento.

No que pese existir uma classificação múltipla de escolas e pensamentos processuais, para fins deste trabalho as influências das Escolas Paulista e Mineira têm posição destacada, em razão da discussão acerca dos limites da verdade e da construção dos fatos no processo. Destarte, verifica-se uma divisão entre o instrumentalismo paulistano e o limitadorismo mineiro, sob uma perspectiva neoinstitucionalista⁴, que serve de baliza para a compreensão processual (COSTA; COSTA, 2010).

O instrumentalismo formula corrente filosófica focada na solução prática das possibilidades de aplicação do saber e da técnica para o incremento de objetivos específicos (CÔTÉ-BOUCHARD, 2015). Assim, a visão do processo como instrumento afigura-se na possibilidade de aplicação do processo como mecanismo produtor do direito.

Ada Pellegrini Grinover (1986) formulou uma ideia de processo com base nos ensinamentos de Enrico Túlio Liebman, que refletiu diretamente na percepção do processo como meio de aplicação do Direito, sob primados de efetividade e eficiência (GRINOVER, 1986). Desta feita, a Escola Paulista percebe o processo como instrumento para a realização de um fim, sob a ressalva dos direitos e das garantias constitucionais.

Nesta perspectiva, argumentos racionalistas trazem a noção que o processo deve refletir custos, resultados práticos e respostas a anseios para a aplicação do Direito material. Desta forma, as concepções de processo implicam diretamente na forma como os magistrados lidam com termos como *verdade* e *certeza* e como estes decidem nas situações nas quais os fatos não trazem clareza jurídica (BALTAZAR JÚNIOR, 2008).

4 Define-se como institucionalismo todas as correntes de pensamento que expõem o caráter fático das instituições sociais em sobreposição as características jurídicas como elemento guia para as decisões judiciais. Isto é, que consideram o elemento humano social em destaque em relação ao elemento estritamente jurídico.

Esta concepção, inicialmente procedimentalista⁵, culminou na percepção processualista, com a pregação de uma independência do Direito Processual e do Direito material, a partir dos conceitos de ação, defesa, jurisdição, processo e atuação das partes, cuja sistematicidade e a função do processo como aplicador tomam o centro da discussão (MENDRONI, 2003). Assim se pretendeu estipular uma lógica sistemática, como uma teoria geral do processo que servisse para a melhor aplicação do direito.

Pode ser acrescido nas influências de uma teoria processualista ainda com fruto na ordem da Escola Paulista, os legados da teoria neoinstitucionalista do processo, formulada por Neil Maccornik, pela qual se pretendia um processo não apenas procedimental, mas adequado às garantias fundamentais (CUNHA FILHO, FERES, 2016). Destarte, outra conformação institucional permite forma diferente de lidar com a dúvida e com a incerteza.

Ademais, este paradigma neoinstitucional, advindo do empirismo, reflete no comportamento dos operadores dos sistemas de poder e governo (PERES, 2008). Portanto, o paradigma de processo também é formatado a partir de uma ideia de eficiência empírica, quanto àquilo que se espera do sistema processual.

Maccormick pretendia uma filosofia legal das instituições, pelas quais o sistema positivo se aproximasse das indicações de garantias fundamentais, de modo que o processo atuaria como o amplificador das finalidades institucionais e daqueles direitos ali delineados (MACCORMIK, WEINBERGER, 2013).

Por sua vez, a Escola Mineira de Processo formula concepção diferente da Escola Paulista, apresentando uma visão de processo como mero aplicador, uma vez que este seria, antes de tudo, um *limitador do poder do Estado e garantidor de direitos*. Neste sentido, há o contraponto fundamentado de um processo como mero instrumento de aplicação no direito, formulado pela *crítica hermenêutica do direito*, termo utilizado pelo Lênio Streck (2016) para estabelecer um paradigma contrário ao procedimentalismo do processo.

Uma visão não utilitarista do Direito também é proposta sob bases teóricas de garantismo, como proposto por Luigi Ferrajoli (2014). Outrossim, esta perspectiva não utilitarista atrai uma noção positivista de respeito às garantias constitucionais, mas permitindo a porosidade dos postulados universais, como da aplicação do Direito Internacional como salvaguarda processual.

Destarte, o processo passa a ser visto não como um simples mecanismo de aplicação do Direito material. A função procedimental deixa de ser vista como um mero reflexo de anseios e aplicações institucionais de direitos, tudo isso

5 Procedimentalismo é a corrente que entende que o Poder Judiciário deve agir de forma ativa para a concretização de direitos, impondo postura intervencionista, não absenteísta, no sentido de fugir a lógica liberal-individualista de limitação do Estado para que ao final venha a ter um processo efetivo e eficiente. (CASSI, 2007).

fundado numa vinculabilidade institucional à Constituição Federal, bem como a uma imposição epistemológica pelos limites gerados pela compreensão. Daí, um modelo democrático de processo teria contornos além daquele que representa um fluxo de aplicação estatal (MOTTA, HOMMERDING, 2013).

Neste sentido, o processo tem duas facetas dentro do modelo constitucional. A primeira, de limitador da atuação estatal; a segunda, de garantidor daquelas exigências legalmente previstas, que devem ser diretamente aplicadas aos receptores da jurisdição (FREITAS, 2013).

No que pese existirem teorias que buscam unificar o processo civil e o processo penal, as naturezas distintas acabam por dar contornos próprios a cada âmbito de verificação sistêmica. Assim, a visão de um processo como limitador do Estado e garantidor de direitos parece sobretudo adequada à lógica processual penal, embora elaborado com foco no Processo Civil.

Nesse sentido, entende o devido processo legal como um vir-a-ser, termo utilizado para compatibilizar a co-institucionalidade que busca limitar a violência histórico-institucional (LEAL, 2010). Outrossim, a própria noção de jurisdição assume nova concepção a partir dos pensamentos da Escola Mineira de Processo, a partir de uma institucionalidade discursivo-interpretativa, que trazem elementos mais amplos que a mera instrumentalidade, revolvendo aos limites dos operadores do sistema e das próprias instituições ao formatarem os processos (LEAL, 2008).

Isso porque a fundação da Teoria Geral do Processo parece adequada a uma teoria geral do processo civil, enquanto as *nuances* do processo penal merecem outro viés de análise (GIACOMOLLI; LOPES JR., 2014). Aury Lopes Jr. (2015, p. 232) utiliza inclusive de linguajar bastante lúdico ao propor a frase “Quando Cinderela terá suas próprias roupas”, para propor que a rotulação do processo penal seja adequada à sua própria lógica e sistematicidade.

Diante dessa sistemática, o processo penal funcionaria não só como um aplicador imediato do Direito material, indo além: submissão do Estado a normas, estabelecendo procedimentos e formulando freios à atuação indiferente dos órgãos estatais. Assim, a atividade estatal seria direcionada a aplicação de direitos fundamentais, mas não como um mero procedimento (LOPES; CASTRO, 2012), de modo que a busca do processo como instrumento de encontrar uma forma de verdade absoluta encontra-se mitigada por limites hermenêuticos, epistemológicos e empíricos, mais próprios à Escola Mineira que à Escola Paulista.

2. Dúvida e processo

A tarefa de encontrar algum laivo de *verdade* no processo não é de fácil manuseio probatório. O julgador confronta a prova, os elementos indiciários e, sobretudo, aquilo que se permite extrair dos autos. Desta feita, o processo não é visto apenas como limitador da atuação estatal, mas o processo é tido como *limitador da própria capacidade de lidar com a verdade dos fatos*, ante as regras de produção de prova previstas no ordenamento. Daí porque se diz *verdade processual*, em abandono às categorias *verdade formal* e *verdade real*, que nada dizem ao processo atual.⁶

A assimilação dos objetos pensados, seja num trabalho de pesquisa, seja num processo judicial, dependem da análise deles frente à razão humana, o que causa entraves, embaraços e dificuldades, notadamente quando há uma contraposição entre o que o objeto é e o que ele *deve ser*, e cuja compreensão de sua essência deva ser demonstrada pela linguagem. Isto é, a linguagem é a primeira frente de preocupação para se compreender uma percepção de verdade, ou pelo menos a formulação de um consenso juridicamente válido diante de uma atividade acadêmica (PALMER, 1969). Portanto, a questão da linguagem é uma questão conceitual.

Neste sentido, Sunstein e Vermuele (2003) tratam da existência de um limite intrínseco da possibilidade interpretativa do Poder Judiciário. Isso porque estes autores adotam o conceito de capacidade institucional como um conceito ligado ao quanto e como uma instituição tem condições de se deparar com as limitações de interpretação dos textos e da realidade e introjetá-las na sua atividade típica.

A visão do Poder Judiciário quanto aos fatos da realidade e quanto aos efeitos dinâmicos de sua decisão acabam por impor limitações estruturais na compreensão dos casos (SUNSTEIN; HOLMES, 2000), principalmente quando ela é monocular e enviesada por anseios populares de justiça e ordem pública. Portanto, a incapacidade estrutural implica na necessidade da criação de mecanismos adequados a lidar com a dúvida processual.

6 A verdade é processual porque limitada pelas próprias regras constitucionais e infraconstitucionais. Tenha-se como exemplo a regra constitucional da proibição do uso de provas ilícitas (art. 5.º, LX, Constituição Federal), posteriormente regulamentada no art. 157 do Código de Processo Penal. Além desta regra, há a proibição da juntada de documentos com menos de 3 (três) dias úteis da realização da sessão de julgamento do Tribunal do Júri (art. 479, Código de Processo Penal), dentre outras limitações. Cite-se, ainda, a proibição de que o juiz tenha iniciativa probatória de ofício, como forma de consecução do sistema acusatório.

Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “*in dubio pro societate*” \ **Nestor Eduardo Araruna Santiago, Italo Farias Braga, Juliana M. Borges Mamede, Bianca M. Simão Franco, Lyara M. Peres Ximenes**

Historicamente, é possível observar que as construções doutrinárias tendiam ao favorecimento do réu no caso de dúvida. Tal entendimento adveio de sistemas que não estabeleciam nitidamente as diferenças entre as concepções de processo e de Direito material; deste modo, prova e culpabilidade eram termos correlatos e não um termo de interseção entre o Direito material e o Direito Processual (RUSCONI, 1998).

Prova e valoração não devem ser vistas como a mera percepção do magistrado, mas devem ser o resultado de processo de aprimoramento hermenêutico de compreensão (FERRUA, 2018), considerando a proposta constitucional de adoção da regra constitucional da presunção do estado de inocência, que nada mais é do que o estado de dúvida em favor do acusado, com três dimensões: política, regra de tratamento do acusado e regra probatória. Do ponto de vista político, porque imprescinde da “verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e de sua autoria”; como regra de julgamento, a exigência de comprovação de culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável; e como regra de tratamento, evitando-se que o acusado seja tratado como se culpado fosse, com proibição da execução antecipada da pena (BADARÓ, 2014).

No âmbito do Direito Processual Penal, o enfrentamento da dúvida é uma constante. Neste sentido, o imaginário jurídico repete o conceito de *in dubio pro reo* ao indicar que, na inexistência de prova suficiente para a condenação, é dever do magistrado absolver o acusado, ainda que se utilizando de uma norma de caráter genérico (art. 386 do Código de Processo Penal), remontando à máxima que é melhor não punir um culpado que punir injustamente um inocente (PACELLI, 2017).

Por outro lado, o enfrentamento da dúvida no campo processual penal não possui correlação alguma com a tipificação legal realizada pelo Direito Penal. A dúvida é verificada e confrontada a partir do processo e limitada na realidade, na compreensão do juiz e na capacidade do Poder Judiciário em dar a resposta adequada às disposições processuais e às questões probatórias.

Sensível ao tema, Mirza (2010) indica que a necessidade da verificação da presunção do estado de inocência como norma-princípio deve ter o processo penal como instrumento limitador da dúvida. Entretanto, processualmente verifica-se uma certa ambição pela descoberta da verdade como algo factível que implica num *modus* autoritário de lidar com o processo com reflexos não desejáveis pela natureza própria do processo penal brasileiro (KHALED JR., 2015), cuja matriz é essencialmente inquisitiva⁷, e, portanto, autoritária.

7 Convém lembrar que a legislação infraconstitucional brasileira é regida em especial pelo Código de Processo Penal, norma delimitada pelo decreto-lei n.º 3.689 de outubro de 1941. Isto é, trata-se de normativo criado no período histórico denominado pelo Estado Novo, modelo no qual tinha características intrinsecamente ditatoriais e que influenciaram diretamente o modelo punitivista doravante utilizado.

Não são incomuns as críticas à mitigação do processo. Ávila (2014), tratando do sistema venezuelano de processo, indica que a necessidade do limite processual, decorrente das camadas de cognição que se tem pela Polícia, pelo Ministério Público e pelo próprio Judiciário, induz um sistema de garantias constitucionalmente mais adequado que aqueles que tratam o processo como um moto-contínuo que deve seguir a qualquer custo buscando a finalidade, qual seja, a de proferir uma sentença condenatória ou não.

Ademais, a percepção dos limites teóricos da dúvida, a partir destas camadas de cognição, indica a necessidade de uma roupagem própria do processo penal, dissociada daquela existente no processo civil, cuja resolução somente pode advir da compreensão constitucionalmente adequada do princípio da presunção do estado de inocência, a partir de sua dimensão como regra probatória. Esta percepção própria sugere que os *standards* probatórios não se coadunam diretamente com a noção exclusiva de processo como instrumento, mas levam em conta os filtros de percepção de cada operador do sistema quanto às certezas viáveis no momento procedimental.

A partir desta construção, torna-se necessário compreender a viabilidade do princípio, regra ou postulado conhecido por “*in dubio pro societate*”, erroneamente contraposto à regra da presunção do estado de inocência no momento de avaliação da submissão do acusado à segunda fase do procedimento destinado aos crimes dolosos contra a vida, e frequentemente utilizado nas decisões de pronúncia.

3. Pronúncia, *in dubio pro societate*, *in dubio pro reo*: de que dúvida está a se falar?

O processo do júri tem contornos próprios, advindos de regras constitucionalmente estabelecidas (art. 5.º, XXXVIII, Constituição Federal brasileira) para revelar um maior rigor na prestação jurisdicional estatal, designando um procedimento próprio, bifásico, com plenitude de defesa e sigilo das votações dos jurados, cujo convencimento a respeito das provas dos autos se baseia na íntima convicção. Se por um lado este só é aplicado a crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, cujas penas são geralmente elevadas – principalmente no homicídio – por outro, a forma com que o juiz deve lidar com os elementos probatórios colhidos na fase instrutória ganha um *upgrade* institucional constitucionalmente formatado pela regra da presunção do estado de

Apenas com a Constituição de 1988, tem-se mitigação deste sistema, ao qual se pretendia um sistema de controle de constitucionalidade das normas eventualmente incompatíveis.

inocência, manifestado por meio do brocardo latino *in dubio pro reo*, de construção constitucional e convencional.

A consequência de um procedimento diferenciado, no qual impõe atores processuais com percepções de mundo diferentes, notadamente pessoas leigas, que representam a sociedade como uma aplicação direta do Poder do Povo em casos de penas graves, está exatamente na formação de um limiar de compreensão muito próprio, baseado no senso comum.

Nesse sentido, o plano hermenêutico indica que as compreensões das narrativas passam a ser feitas a partir de papéis processuais próprios para a reconstrução da realidade. Isto é, cada autor processual passa a reconstruir a realidade, dado seu grau de percepção, em esforço hermenêutico que permita a reconstrução fática na formação da decisão jurídica. (TARUFFO, 2018). Assim, cada ator processual deve ter sua forma própria de lidar com as impossibilidades da reconstrução daquele elemento do passado ao qual não é possível repetir, mas apenas compreender no presente.

Deste modo, o encontro da dúvida no processo penal traz implicações diretas, sobretudo na aplicação das regras do *in dubio pro reo*, como corolário da presunção do estado de inocência e do *in dubio pro societate*, como “princípio” apto a vincular a decisão do juiz a um desejo da sociedade.

Este aspecto do processo é tido em razão do artigo 413 do CPP, que indica que o juiz deverá pronunciar o réu caso se convença da materialidade do fato e dos indícios suficientes de autoria. Isso é, em razão dos “indícios”, indica-se que o lastro probatório milita a favor da dúvida para se dar continuidade do procedimento, e não para paralisá-lo em favor do acusado. Entretanto, cuida-se de momento processual em que a dúvida a respeito da autoria é em parte dissipada pela instrução probatória anterior à decisão de pronúncia, sendo que a lei exige que os indícios de autoria ou de participação sejam suficientes. A decisão de pronúncia, isto é, aquela que encaminha o acusado a julgamento perante o Conselho de Sentença, formado por juízes leigos, aproxima-se por demais com a decisão que recebe a denúncia, desta vez qualificada pela colheita de provas em juízo, como se fosse um “re-recebimento” de denúncia (ARAMIS NASSIF, 2008).

Cumprе salientar que o termo legalmente estabelecido não é voltado diretamente à dúvida. Todavia, trata da questão da presença de indícios, que constituem valores de probabilidade feitos pelo magistrado, de modo que a legislação não é clara ao impor um princípio de que na dúvida o processo deve seguir. Assim, na ausência da clareza legislativa para indicar a solução jurídica adequada para a dúvida, a doutrina sugere a possibilidade da verificação desta incerteza a partir de *standards* probatórios, entendido como *camadas de compreensão* voltadas à apreciação da prova para que os juízes, a partir de convencimento

fundamentado (art. 489, §1.º, Código de Processo Civil brasileiro)⁸ indicar a necessidade ou possibilidade do seguimento do processo.

Para que o juiz possa decidir acerca do juízo positivo de pronúncia, isso implica na necessidade da verificação da materialidade do fato criminoso – ligado à tipicidade material e sua conformação probatória – bem como de indícios suficientes de autoria. O termo “indício” é tido por um juízo racional de indicação, o apontamento, a possibilidade fática e real da ocorrência do fato (MITTERMAYER, 1871), que, qualificado pelo adjetivo “suficiente”, já demonstra que se está muito além de elementos mínimos, mas de elementos adequados, bastantes, peremptórios, de autoria na realização do fato imputado.

Na doutrina portuguesa no termo “prova indiciária” como aquela dotada de um juízo não exauriente, não definitivo, construído antes da lapidação necessária a ser tida como prova da certeza de um fato (SIMÕES, 2007). Todavia, estes indícios possuem força probante, diante do contexto de convencimento do julgador, desde que não de forma isolada (ROCHA, 2014), notadamente no momento processual em que o juiz deve (ou não) encaminhar o julgamento do acusado perante seus pares, isto é, os juízes leigos.

Assim, o juízo de indícios tem impactos diretos no processo penal. Outrossim, este é tido como forma valorativa que se afasta das certezas absolutas. Contudo, o processo penal não tem como, por limitação estrutural ou formal, fugir das dúvidas. A pergunta que se deve fazer é se a estrutura do processo frente à dúvida, uma vez diante dos elementos até então apurados durante a instrução criminal, deve impor a decisão de pronúncia, de impronúncia ou de absolvição sumária (artigos 413 a 415 do Código de Processo Penal brasileiro).

Bacigalupo (1988) indica que uma visão moderna da presunção de inocência exige uma concepção que implica na necessidade de fundamentação das

8 Art. 489. São elementos essenciais da sentença – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

[...]

§ 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “*in dubio pro societate*” \ **Nestor Eduardo Araruna Santiago, Italo Farias Braga, Juliana M. Borges Mamede, Bianca M. Simão Franco, Lyara M. Peres Ximenes**

decisões do magistrado para garantir que as certezas processuais reflitam a garantia legalmente estabelecida. Portanto, o princípio da presunção do estado de inocência como guia condutor do processo penal deve ser um anteparo contra a arbitrariedade, evitando que a função decisória que cause uma *capitis diminutio* de natureza processual ou ambulatoria ao acusado não seja baseada na dúvida.

Receber ou não a peça acusatória inicial, bem como pronunciar ou não pronunciar, são exemplos de como o juiz deve lidar com a dúvida frente à sistemática processual e, mais especificamente, frente à prova, mormente por se tratar de juízos de probabilidade. Lidar com os modelos de acusação ou com os mecanismos necessários à pronúncia implicam na necessidade da configuração de *standards* probatórios e não propriamente de uma solução para a dúvida como pretexto para o prosseguimento do procedimento (PEREIRA, 2011).

Neste sentido, a expressão “*in dubio pro societate*”, tida como princípio e desta forma tratada na doutrina tradicional brasileira como solução única para o juiz no momento de decidir acerca do recebimento da denúncia e/ou do seu “re-recebimento” no Tribunal do Júri, isto é, da prolação da decisão de pronúncia, é vazia de sentido normativo e incompatível com o texto constitucional brasileiro.

A dúvida tem ligação direta com a ideia de presunção do estado de inocência, mas também com o primado de efetividade processual. Tourinho Filho (2010) considera inaplicável a decisão em favor ou no interesse da sociedade, já que, neste caso, não foi atendido minimamente o requisito legal (BADARÓ, 2014; LOPES JR., 2017), afastando-se a dúvida em prol da manutenção do estado de inocência.

O curioso é observar que o Supremo Tribunal Federal, responsável pela proteção do texto constitucional, e o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da aplicação da lei e da jurisprudência (artigos 102 e 105 da Constituição Federal brasileira), seguem na mesma direção da doutrina tradicional brasileira, não registrando divergências dignas de nota a respeito da inadequada construção do “princípio *in dubio pro societate*”, que, em última análise, determina que o juiz deve se guiar pelo interesse da sociedade, determinando-se tanto o recebimento da peça inicial acusatória quanto a fundamentação da decisão de pronúncia.

Contudo, em julgamento realizado no início de 2019, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal houve por bem afastar o *in dubio pro societate* como fundamentação de uma decisão de pronúncia, convertendo-a em sentença de impronúncia. No acórdão, invocou-se o desvirtuamento causado pelo suposto princípio *in dubio pro societate* que, uma vez utilizado nas decisões de pronúncia, isenta o magistrado de fundamentar

racionalmente, enfraquecendo as premissas racionais de valoração da prova. Evidentemente, na pronúncia a certeza necessária é aquela suficiente para o prosseguimento do processo, e não aquela para uma condenação – até mesmo porque, neste momento processual, não está a se decidir acerca de culpa do acusado. O que se exige é a *justa causa*, isto é, um embasamento probatório mínimo para a tese acusatória. Em outras palavras, “requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias” (BRASIL, STF, *online*).

No âmbito do Tribunal do Júri, o entendimento reiterado em perceber a dúvida como em favor da sociedade apresenta-se como lugar comum de discurso, de natureza performática, pelo qual se entende que, na dúvida razoável no momento da decisão de pronúncia, o processo deve prosseguir (AZUMA, 2008). Assim, a ideia de uma aplicação do princípio do *in dubio pro societate* assume propriamente uma característica de insurgência de Poder, em escolhas de política criminal, as quais, observando ou não a legislação pertinente advém de modelo próprio da natureza inquisitorial dos operadores do sistema jurídico. Portanto, não advém propriamente do confronto normativo-estrutural a qual se espera de um mecanismo formado a partir de uma sistemática garantista na percepção da verdade.

O garantismo, para Luigi Ferrajoli (2014), é tido como um primado de filosofia analítica e um modelo de bom governo. Neste sentido, a formulação de axiomas para a compreensão do sistema jurídico, e consequentemente do sistema jurídico criminal, assume-se como mecanismo de modelo de bom governo voltado às políticas penais, as quais têm como valor central a segurança jurídica diante de um estado de contenção de poder. Portanto, a verificação do axioma *nulla accusatio sine probatione* impõe a noção dos limites da prova como mecanismo de atuação do próprio Estado.

Desta esteia, depreende-se que o paradigma garantista constitui-se ainda como uma teoria redutora do poder punitivo estatal, considerando, ainda que o acusado é parte vulnerável na estrutura persecutória penal e que, por isso, devem haver marcos mínimos para a aplicação e verificação da prova (MACIEL; WERMUTH, 2015).

Conclusão

Sob a perspectiva constitucional e garantista, a utilização do “princípio *in dubio pro societate*” despreza o conteúdo mínimo do princípio constitucional da presunção do estado de inocência, construído historicamente como regra própria a proteger o acusado contra a ingerência do Estado no momento da

Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “*in dubio pro societate*” \ **Nestor Eduardo Araruna Santiago, Italo Farias Braga, Juliana M. Borges Mamede, Bianca M. Simão Franco, Lyara M. Peres Ximenes**

dúvida processual. O interesse da sociedade não deve se revelar por meio da dúvida, mas sim quando a certeza – ou, ao menos, o juízo de verossimilhança – se apresente palpável, pois certamente não se deseja que a marcha processual seja baseada única e exclusivamente na dúvida.

Cabe indicar que a percepção das escolas processuais impacta diretamente a política jurídica das escolhas da forma com que se lida com o processo. Portanto, a prevalência de autores que se filiam ao procedimentalismo, com prevalência a Escola Paulista de Processo, implicam numa aceitabilidade da forma de lidar com a dúvida em favor da sociedade.

Por outro, a necessidade de se ver o processo não apenas como um instrumento destinado a uma finalidade, mas como filtro limitador do arbítrio estatal, tal qual indicado pela Escola mineira de processo, permite um olhar diferenciado sobre a dúvida, que é inerente ao ato de decidir.

Portanto, a escolha de como lidar com a dúvida advém de um modelo de política de bom governo, qual descrito pelo pensamento garantista. Outrossim, este pensamento confrontado com o procedimento do tribunal do júri, dito por mais rígido, com a nuance de ter atores processuais em condições diversas, e pelas próprias consequências de se lidar com os crimes de penas mais altas, sugere que a forma de lidar com a dúvida, de modo adequado, não deve privilegiar um processo que por si é danoso, mas sim entendendo que a dúvida deve ser refletida em favor do réu, consagrando o primado do *in dubio pro reo* em todas as fases do procedimento, mas em especial no momento da decisão de pronúncia.

A incerteza não pode macular o julgamento. Nos processos de competência do júri, de natureza bifásica, a decisão de pronúncia subtrai o acusado de um julgamento técnico e o conduz a um julgamento perante um colegiado leigo, isento do dever de motivar as suas decisões, o que pode trazer consequências gravosas ao acusado. Do exposto, tem-se que o *in dubio pro societate* deve ser afastado quando houver dúvida na fase de pronúncia, em razão da ausência de indícios suficientes de autoria e portanto respeitados os primados da aplicação de boa técnica jurídica, em respeito ao processo como elemento limitador do Estado.

Referências

ÁVILA, Keymer, (2014). “¿Policializar o judicializar? Reflexiones sobre la fase de investigación como parte del proceso penal en Venezuela.” *Revista Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 35, n. 99, jul.-dic. 2014, Bogotá, p. 157-185. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v35n99.07>.

- AZUMA, F. C. (2008). O procedimento do tribunal do júri e suas alterações. *Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 10, p. 109-128,. Disponível em: < http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/19/artigos/procedimento%20tribunal.pdf> Acesso em 31 ago. 2018.
- BACIGALUPO, Enrique (1987). “Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación”. *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ano XLI, Espanha,
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo (2008). Standards Probatórios no Processo Penal. *Revista Jurídica (Porto Alegre)*, v. 363, p. 127-144.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. (2019) *ARE 1.067.392*. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1067392votoGMindubioproporeopronu769ncia.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2019.
- BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. (2014). *Processo Penal*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- CASALI, Guilherme Machado. (2007). Procedimentalismo e substancialismo como correntes complementares no processo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2, n.2, 2.º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica – ISSN 1980-7791
- COSTA, H. A; COSTA, A. A. (2010). Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*. v. 18 n. 72 out./dez.
- CÔTÉ-BOUCHARD, C. (2015). Epistemic Instrumentalism and the Too Few Reasons Objection. *International Journal of Philosophical Studies*. 23, 3, 337-355, July 2015. ISSN: 09672559.
- CUNHA FILHO, Marcelo de Castro; FERES, Marcos Vinício Chein. (2016) ORDEM NORMATIVA INSTITUCIONAL E LIBERDADE. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v.31,n.90,p.137-150,Feb.2016. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092016000100137&lng=en&nrm=i-so>. Acesso em 28 Aug. 2018.
- FERRAJOLI, Luigi (2014). *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4.ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FERRUA, Pablo (2018). La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. V. 4. n1. Disponível em < <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/130/112>> Acesso em 28 ago. 2018.
- FREITAS, Gabriela Oliveira (2013). O Processo Constitucional como Garantia dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Cadernos Jurídicos IMDP*, v. 7, p. 1, 2013. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=824c121add382897>> Acesso em 28 ago. 2018.

Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “in dubio pro societate” \ **Nestor Eduardo Araruna Santiago, Italo Farias Braga, Juliana M. Borges Mamede, Bianca M. Simão Franco, Lyara M. Peres Ximenes**

- KHALED JR., Salah. (2015). A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal. *yR. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340 – 355, jan-fev. 2015. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/79130090.pdf> > acesso em 10 dez. 2018.
- LEAL, André Cordeiro, (2008). *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira (2010). O due process e o dever processual democrático. *Revista da faculdade mineira de direito*. v.13. n.26. Belo Horizonte: UFMG, 2010. disponível em: < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2010v13n26p99/3982> > acesso em 20 ago. 2019.
- LOPES JR., Aury (2015) Quando cinderela terá suas próprias roupas? A necessidade recusa à teoria geral do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. V.1 2015. Disponível em < <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/13/22> > Acesso em 28 ago. 2018.
- LOPES JR., Aury (2017). *Direito Processual Penal*. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- LOPES, F. C.; CASTRO, L. L.(2012). O processo como garantia de (in)aplicabilidade imediata da lei processual penal no Estado Democrático de Direito. In: IV Congresso Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re) construção dos Códigos, 2012, Belo Horizonte. *Anais do 4º Congresso Constituição e Processo: Uma leitura hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte/MG: Initia Via Editora Ltda ME, 2012. p. 147-161.
- GIACOMOLLI, Nereu José; Lopes Jr., Aury (2015). Editorial. *Revista brasileira de Direito processual penal*. Ano I, n.º 01. Online, 2015. Disponível em: < <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/1> > Acesso em 28 ago. 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. (1987) O magistério de Enríco Tullio Liebman no Brasil. Tradução: DINAMARCO, Cândido da Silva. *Revista di Diritto Processuale*.
- NASSIF, Aramis. (2008). *O novo júri brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. (2013). An institutional theory of law: new approaches to legal positivism. *Springer Science & Business Media*, 2013.
- MACIEL, Patrícia Puhl. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi (2015). O garantismo penal de Luigi Ferrajoli como limitador do poder punitivo do estado. *XXIII Seminário de Iniciação Científica*. Universidade regional do Noroeste do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2015.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni (2003). Síntese da Evolução Histórico Científica do Processo. *Revista Jurídica da ESMP/SP*, São Paulo, n.4, p. 111, 2003.
- MIRZA, Flávio. 2010 Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. *Revista eletrônica de direito processual*. Volume v. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/592/showToc> > acesso em 10 dez. 2018.

- MITTMAYER, C. J. A. (1870) *Tratado da prova em processo penal*. Livraria do editor: Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000146.pdf>> acesso em 10 dez. 2018.
- MOTTA, Francisco José Borges. HOMMERDING, Adalberto Narciso, (2013). O que é um modelo democrático de processo?. *Revista do Ministério Público do RS* Porto Alegre n. 73 jan. 2013 – abr. 2013 p. 183-206. Disponível em < http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf> Acesso em 28 ago. 2018.
- PACELLI, Eugênio. (2017) *Curso de Processo Penal*. 21.^a rev. atual. ampl. Rio de Janeiro. Atlas.
- PAGANI, Vitor Augusto Gaioski; BELLOTO, Caio Cezar. (2015) AMPLIFICAÇÃO DO CONCEITO DE PROVA COMO COROLÁRIO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: REVISITANDO A SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Revista Direito e Política*, Univali. V.10. n.3. 2015. Itajaí: 2015, Univali. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/rdp/article/view/7924>> acesso em 30 nov. 2018.
- PALMER, Richard. (1969) *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, Lisboa.
- PERES, Paulo Sérgio. Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 23 n. 68 outubro/2008. Disponível em < <http://www.repositorio.unifesp.br/bitstream/11600/4590/1/S0102-69092008000300005.pdf>> Acesso em 28 ago. 2018.
- PEREIRA, M. F. R.(2011). ‘Acusar ou não acusar? In *dubio pro societate* é(?) a solução. Uma perversa forma de lidar com a dúvida no processo penal brasileiro’. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, v. 1, p. 76-83, 2011.
- ROCHA, Milena Machado (2014). *A força probante dos indícios e a sentença penal condenatória*. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2014. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MilenaMachadoRocha.pdf> acesso em 10 dez. 2018.
- RUSCONI, Maximiliano Adolfo (1998). Principio de inocencia e “in dubio pro reo”. *Jueces para la Democracia*, n. 33, p. 44-68, 1998.
- SIMÕES, Euclides Damásio (2007). Prova Indiciária: contributos para o seu estudo, desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente. *Revista Julgar*. N.º 2. Disponível em: < <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/11-Euclides-Sim%C3%B5es-prova-indici%C3%A1ria.pdf> > acesso em 10 dez. 2018.
- SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen (2000). The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W.W Norton e Company, 2000.

- SUNSTEIN, Cass. VERMUELE, Adrian. (2003). Interpretation and institutions. *HeinOnline* -- 101 Mich. L. Rev. 885 2002-2003. Disponível em: < https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12319&context=journal_articles > acesso em 03/12/2018.
- STRECK, Lênio Luiz, (2016). Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. *Seqüência* (Florianópolis), n. 74, p. 115-136, dez. 2016. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p115/33123> > Acesso em 28 ago. 2018.
- SPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. JOBIM, Marco Felix (2014). As escolas de direito processual e o ensino do direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Bahia: 2014, UFBA. p. 226-246.
- TARUFFO, Michelle (2018). Hermenêutica, prova e decisão. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. V.4. n1. 2018. Disponível em < <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/136> > Acesso em 28 ago. 2018.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (2010). *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva.